

Witold Zontek

Jak posiadać, aby nie posiadać? Kilka refleksji nad orzecznictwem sądowym ostatnich lat w sprawach narkotykowych

I.

„There is no word more ambiguous in its meaning than possession”¹, można by powiedzieć za amerykańskim Sądem Najwyższym, gdy analizuje się polskie orzecznictwo sądowe ostatnich lat w sprawach narkotykowych². Ze wszystkich typów czynów zabronionych występujących w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej: ustawa narkotykowa lub u.p.n.) sądownictwu, glosatorom i komentatorom, jak się wydaje, najwięcej problemów sprawia wykładnia art. 62.

Powodem tych komplikacji jest bardzo specyficzny kontekst normatywny, ale przede wszystkim aksjologiczny, w jakim znajduje się ów przepis. Przy okazji jego egzegezy w sposób niezwykle interesujący ścierają się ze sobą polityka kryminalna państwa i dogmatyka (i teoria) prawa karnego materialnego w zakresie konstrukcji oraz wykładni typów czynów zabronionych. Problem tkwi w tym, iż uchwalając obecnie obowiązującą ustawę narkotykową, prawodawca podtrzymał swoje stanowisko, że samo zażywanie narkotyków nie jest zabronione³. Z drugiej jednak strony ustanowił

¹ National Safe Deposit Co. v. Stead, 232 U.S. 58, 34 S. Ct. 209, 58 L. Ed. 504 [1914].

² W niniejszym artykule pod zbiorową nazwą „narkotyki” będę rozumiał, zgodnie z ustawą z dn. 29 VII 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179, poz. 1485, ze zm.), środki odurzające i psychotropowe.

³ Brak w ustawie przepisu, który by tego zakazywał. Zob. ponadto wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z 21 I 2009 r. (sygn. akt II KK 197/2008; OSNKW 2009, nr 4, poz. 30) oraz glosy do tego orzeczenia – W. R a d e c k i, OSP 2009, nr 11, s. 860; K. K r a j e w s k i, PiP 2009, nr 11.

przepisy karne zabraniające wszystkiego innego w stosunku do narkotyków, w tym ich posiadania⁴. Właśnie w tym miejscu źródło swoje ma wskazana w tytule niniejszego artykułu zasadnicza wątpliwość – „jak posiadać, aby nie posiadać?”. Sąd Najwyższy, a także sądy apelacyjne co pewien czas „przesądzały”, jaka jest rzeczywistość normatywna towarzysząca zażywaniu narkotyków. Problem w tym, że za każdym razem odmiennie do swych poprzednich stanowisk. Nie jest to jednak „przytyk” do praktyki sądownictwa, wręcz przeciwnie – warto wskazać, jak niezwykle szybko sądy dostrzegły, że zostało postawione przed nimi nie lada wyzwanie interpretacyjne.

Zasadniczą kwestią jest bowiem fundamentalne pytanie, czy w ogóle możliwa jest taka wykładnia znamion art. 62 u.p.n., by z jednej strony pozostawała w zgodzie z aksjologią stojącą za tym aktem prawnym⁵, a z drugiej – była przeprowadzona zgodnie z przyjętymi w naszym systemie prawnym metodami interpretacji przepisów prawnych⁶. Uprzedzając dalsze wywody, uważam, że nie. Co więcej, stoję na stanowisku, że nie jest możliwe takie skonstruowanie znamion typu czynu zabronionego posiadania narkotyków, by nie ograniczyć jego karalności o posiadanie narkotyków na własny użytek. Poniżej postaram się uargumentować powyższą tezę.

II.

W związku z faktem, iż w przeciwieństwie do art. 48 poprzednio obowiązującej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 1997 r.⁷ obecny art. 62 u.p.n. nie przewiduje depenalizacji tzw. posiadania niewielkich ilości narkotyku na własny użytek, wydawałoby się, że aktualnie każda forma posiadania narkotyków jest zagrożona karą kryminalną. Z punktu widzenia zawartości normatywnej obecnej ustawy narkotykowej, kwestia ta *prima facie* nie powinna budzić wątpliwości, szczególnie biorąc pod uwagę argumenty padające podczas uchwalania jej obecnego kształtu⁸. Jednak, co

⁴ Przepisy karne w ustawie to art. 52–68 u.p.n.

⁵ Tezą, że nie jest zabronione zażywanie narkotyków.

⁶ Zwłaszcza, by dała się zrekonstruować w oparciu o nie i nie była narażona na zarzut arbitralności w swej wymowie i konsekwencjach, gdyż wtedy prawo karne utraci swą gwarancyjną funkcję.

⁷ Ustawa z dn. 24 IV 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jednolity Dz.U. z 2003 r., Nr 24, poz. 198).

⁸ Zob. bardzo szczegółowe opracowania tej materii, Ł. D o m a n s k i, *Odpowiedzialność karna za produkcję, posiadanie i obrót środkami odurzającymi*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2, s. 42 i n.; J. K o n i k o w s k a - K u c z y Ń s k a, *Odpowiedzialność karna*

z pełną stanowczością należy podkreślić, sama aksjologia ustawy nie uległa zmianie – pomimo kryminalizacji popytu i podaży – zażywanie narkotyków pozostaje sferą dozwoloną⁹.

Zatem osią interpretacyjnego sporu w aktualnym orzecznictwie jest zakres penalizacji posiadania i wykładnia tego pojęcia. Jakkolwiek w doktrynie prawa karnego dominuje pogląd, iż na jego potrzeby za posiadacza winien być także uznany dzierżyciel (w ujęciu art. 338 k.c.)¹⁰, to w przypadku art. 62 u.p.n. ciężar problemu spoczywa gdzie indziej. Jeśli więc niesporne jest, iż samo zażywanie narkotyków nie jest zabronione, to zadaniem komentatorów i orzecznictwa jest wykładnia pojęcia „zażywać” czy „używać”. Próby te są podejmowane w orzecznictwie SN oraz sądów apelacyjnych w sposób znaczący od 2005 r. Dla celów ukazania problemu posiadania narkotyków w pełnej okazałości należy wskazać na pięć, moim zdaniem kluczowych dla omawianego problemu, orzeczeń:

1) Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu¹¹ z tezą, że:

„Samo chwilowe posiadanie środka odurzającego lub substancji psychotropowej w związku z jej użyciem nie jest czynem karalnym w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii”.

2) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie¹² z tezą, że:

„Nie jest trafne [...] twierdzenie, że skoro używanie (zażywanie) narkotyków nie podlega odpowiedzialności karnej, nie podlega karze także

za posiadanie narkotyków, „Alkoholizm i Narkomania” 2008, t. 21, nr 3, s. 311–322; K. K r a j e w s k i, *Problematyka kryminalizacji posiadania środków odurzających i psychotropowych w świetle regulacji prawno międzynarodowych*, PiP 1997, nr 1, s. 58 i n.; K. Ł u c a r z, *Komentarz do art. 62 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U.05.179.1485)*, w: K. Ł u c a r z, A. M u s z y ń s k a, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 468 i n.

⁹ W oparciu o nią skonstruować można uprawnienie obywatela do żądania od państwa poszanowania swojej prywatności w zakresie, w jakim używa narkotyków – na takiej samej zasadzie jak ma to miejsce w przypadku alkoholu, papierosów, pornografii (z wyłączeniem dziecięcej). W zakresie wolności obywateli od zakazów dotyczących zachowań, którymi szkodzą swojemu własnemu zdrowiu por. orzeczenie niemieckiego Sądu Konstytucyjnego z 9 III 1994 r., BVerfG E 90, 145, dostępne pod adresem <http://www.servat.unibe.ch> oraz jego omówienie przez K. K r a j e w s k i e g o, *Problematyka...*, *op. cit.*, s. 65 i n.

¹⁰ D. W y s o c k i, *Pojęcie „posiadania” w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 2, s. 7 i n.; K. Ł u c a r z, w: K. Ł u c a r z, A. M u s z y ń s k a, *op. cit.*, komentarz do art. 54; postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z 28 X 2009 r., I KZP 22/2009, LexPolonica nr 2090159, „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 9.

¹¹ Wyrok z 17 XI 2005 r., II AKa 288/2005, OSA 2006, nr 5, poz. 26, s. 16.

¹² Wyrok z 13 III 2007 r., II AKa 28/2007, LexPolonica nr 1814367, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 9, poz. 74.

ich uprzednie nabywanie w tym celu. Teza, iż karanie osób władających tymi środkami li tylko w celu realizacji własnych potrzeb, byłoby sprzeczne z zamiarem ustawodawcy, jest zbyt daleko idąca”.

3) Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna¹³, z tezą, że:

„Dysponowanie środkiem odurzającym (lub substancją psychotropową) związane z zażywaniem go lub chęcią niezwłocznego zażycia przez osobę dysponującą nim, nie jest posiadaniem tego środka (lub substancji) w rozumieniu art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r., Nr 179, poz. 1485)”.

4) Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna¹⁴, z tezą, że:

„Na podstawie art. 62 ustawy z dnia 21 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii karalny jest każdy wypadek posiadania środka odurzającego lub substancji psychotropowej »wbrew przepisom ustawy«, a więc w celu dalszej sprzedaży lub udzielenia ich innej osobie, jak i w celu samodzielnego zażycia – czy to za jakiś czas czy niezwłocznie, jeżeli sprawca posiada środek odurzający lub substancję psychotropową w ilości pozwalającej na co najmniej jednorazowe użycie, w dawce dla nich charakterystycznej, zdolnej wywołać u człowieka inny niż medyczny skutek”.

5) Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna¹⁵, z tezą, że:

„Poza obszarem penalizacji nadal pozostaje proces zażywania środka odurzającego lub substancji psychotropowej, który zawsze wiąże się z jakąś formą »posiadania«, »dysponowania«, »dzierżenia«, czy po prostu »trzymania« takiego środka. Wszystkie te formy dysponowania środkiem odurzającym w omawianej sytuacji nie mogą być uznane za jego »posiadanie« w rozumieniu art. 62 ww. ustawy. A zatem w przypadku użycia w całości środka odurzającego karanie takiej osoby za wcześniejsze jego posiadanie stanowiłoby obejście zakazu karania zachowania, które z istoty swej nie jest typizowane jako czyn zabroniony”.

III.

Jak łatwo dostrzec, zasadnicze różnice w dekodowaniu zakresu zastosowania normy sankcjonowanej wynikającej z art. 62 u.p.n. pojawiają się nie tylko w płaszczyźnie wertykalnej (instancyjnej pionowej), ale także na

¹³ Wyrok z 21 I 2009 r., II KK 197/2008, OSNKW 2009, nr 4, poz. 30.

¹⁴ Postanowienie z 28 X 2009 r., I KZP 22/2009, LexPolonica nr 2090159, „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 9.

¹⁵ Wyrok z 15 I 2010 r., V KK 363/09, niepubl.

poziomie horyzontalnym (sądów tej samej instancji). Trudno więc zgodzić się z twierdzeniami zawartymi w przedostatnim z wymienionych orzeczeń, iż nie można mówić o rozbieżnościach w orzecznictwie¹⁶. Owe rozbieżności narastają silnie wobec prób wyznaczenia uchwytneho i weryfikowalnego kryterium pomiędzy karalnym posiadaniem a niekaralnym zażywaniem narkotyków.

SN w orzeczeniach nr 3 i 5 w sposób wydaje się bardzo racjonalny próbował wskazać tę granicę, posługując się kryterium temporalno-celowościowym. Zatem jeżeli osoba ma zamiar zrealizować sferę dozwolonego zachowania – zażyć dawkę narkotyku i faktycznie to czyni (technicznie poprzez np. wstrzyknięcie dożylną heroiny, wciągnięcie kokainy lub też wypalenie porcji marihuany) należy to zachowanie uznać za zażywanie, a nie posiadanie w rozumieniu art. 62 u.p.n. Innymi słowy, definicja projektująca posiadania mogłaby brzmieć następująco:

„Posiadaniem w rozumieniu art. 62 u.p.n. *n i e j e s t* taka forma faktycznego władztwa nad narkotykiem, która zmierza do najszybszego (najbardziej optymalnego), z punktu widzenia techniki jego zażywania, wprowadzenia go do organizmu w ilości pozwalającej na wystąpienie efektu odurzenia”.

Definicja taka pozwalałaby, zgodnie ze stojącymi u podstaw ustawy narkotkowej założeniami, rozwiązać na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej tzw. kasus zatrzymanego narkomana, na kanwie którego orzeczenie to zapadło. Otóż bez przyjęcia powyższej definicji posiadania w przypadku ujęcia osoby, w której organizmie wykryto by którąś z zabronionych substancji, można byłoby stwierdzić, iż wcześniej, z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, musiała tenże posiadać¹⁷. W praktyce oznaczałoby to, iż każda osoba pod wpływem narkotyku (a na pewno każdy narkoman) powinna podlegać karze. Wykładnia ta, jakkolwiek dogmatycznie poprawna, stoi w jawnej sprzeczności z założeniami ustawy narkotkowej. Logicznym zatem posunięciem jest więc stworzenie definicji posiadania na potrzeby art. 62 u.p.n. (co SN zdaje się czynić w orzeczeniu nr 3 i 5).

Umożliwia to uniknięcie problemu skazania, poprzez stwierdzenie, iż mamy do czynienia z zażywaniem, a nie posiadaniem narkotyku, a więc z zachowaniem nie realizującym znamion typu czynu zabronionego. Jednak bardzo łatwo narazić się tutaj na co najmniej dwa, w pełni uzasadnione zarzuty dogmatyczne oraz jeden kryminalnopolityczny:

¹⁶ Co skutkowało odmową podjęcia uchwały.

¹⁷ Wskazuje na to wyraźnie SN, krytykując to podejście. Na potrzeby tego kazusu wykluczamy sytuację, o której mówi K. K r a j e w s k i w swojej glosie do tego orzeczenia (*op. cit.*), tj. wstrzyknięcia narkotyku przez inną osobę.

– brak możliwości subsumcji kazusu zatrzymanego narkomana pod dyspozycję art. 62 jest kwestią wtórną, rezultatem stworzenia definicji pod tezę, iż do takiej subsumcji dojść nie powinno,

– pomimo, *prima facie*, całkiem racjonalnej definicji posiadania jest ona arbitralna i nie obejmuje merytorycznie identycznych sytuacji poprzez sztuczne kryterium¹⁸,

– definicja ta, w swym ujęciu generalno-abstrakcyjnym, powoduje, iż poza zakres normowania normy sankcjonowanej „wypada” *de facto* dysponowanie narkotykiem na własny użytek¹⁹.

IV.

W orzeczeniu nr 4 bardzo silnie uwypuklony jest natomiast zarzut trzeci, a przez jego pryzmat także, w pewnym sensie, zarzut drugi.

SN stanowczo krytykuje orzeczenie nr 3 za błędną wykładnię pojęcia posiadania, wskazując, że „[K]ryterium wyznaczającym granicę karalności posiadania środka odurzającego lub substancji psychotropowej, w żadnym razie nie jest więc, według Sądu Najwyższego, cel faktycznego władania tymi środkami. Nie jest nim także długotrwałość tego władania. Ustawodawca nie wprowadził w treści przepisu dyferencji w postaci celu posiadania, a zatem bez znaczenia jest to, czy sprawca posiada środek odurzający lub substancję psychotropową w celu dalszej sprzedaży, udzielenia ich innej osobie, czy też w celu samodzielnego użycia – bezzwłocznie lub za jakiś czas”.

Powyższe stwierdzenie potwierdza zarzut o arbitralności definicji posiadania i zażywania narkotyku. Jednak zasadniczym punktem wyjścia dla SN w sprawie są jednak konsekwencje przyjęcia wykładni zaprezentowanej w orzeczeniu nr 3. Wskazał on wyraźnie, że należy zgodzić się z poglądem, jakoby „[...] przyjęcie bez zastrzeżeń poglądu wyrażonego w tezie głosowanego orzeczenia [II KK 197/2008 – przypis mój, W.Z.] prowadziłoby nie tylko do przywrócenia dopuszczalnej sfery posiadania narkotyku (dyspo-

¹⁸ Ma to szczególne znaczenie przy przyjęciu najszerzej definicji posiadania, obejmującego także dzierżenie. Wypada wskazać na znakomite przykłady, którymi głos do tego orzeczenia kończy K. K r a j e w s k i, *op. cit.* – szczegółowo omówione są w pkt. VI niniejszego artykułu.

¹⁹ Które to rozwiązanie zostało w pełni świadomie przez ustawodawcę usunięte z naszego systemu normatywnego, zob. m.in. J. K o n i k o w s k a - K u c z y Ń s k a, *op. cit.*, s. 312 i n.

nowania na własny użytek), a więc stanu z czasu obowiązywania przepisu art. 48 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 1997 r., lecz także – wobec braku limitacji ilościowej – do poszerzenia tej sfery”. Na poparcie tej tezy przywołane są także dwie glosy krytyczne do orzeczenia nr 3²⁰. Jednak nie sposób nie zauważyć braku wskazania przez SN, iż do tego orzeczenia opublikowano w tym samym czasie dwie glosy aprobujące²¹. Pozostaje mieć nadzieję, że było to jedynie zwykłe niedopatrzenie podczas redagowania uzasadnienia wyroku.

Niestety teza orzeczenia nr 4 jest wyjątkowo mało czytelna. Należy ją rozumieć chyba, jako wyraźne zaznaczenie, że każda forma posiadania, w więc faktycznego władztwa nad narkotykiem jest penalizowana, co nieuchronnie wskazuje, że literalna wykładnia art. 62 u.p.n. nie pozostawia wątpliwości co do kształtu normy sankcjonowanej w nim zawartej – zażywanie narkotyków, jako immanentnie powiązane z ich posiadaniem jest czynem bezprawnym i karalnym. Jakkolwiek trudno bez zastrzeżeń zaakceptować, iż SN godzi się na konsekwencje kazusu złapanego narkomana w postaci skazywania takich osób (chyba że wykazane zostanie w toku procesu, iż ktoś inny wprowadził narkotyk do jego organizmu) i daje na to pełne przyzwolenie organom ścigania.

Niepokojący jest jednak fakt, że SN w orzeczeniu nr 5 (najbardziej aktualnym) w żaden sposób nie odwołuje się do treści orzeczenia nr 4 w celu klaryfikacji tez tam zawartych. Szczególnie patrząc przez pryzmat treści wyroku nr 5. Odmawiając odpowiedzi na pytanie prawne, SN wyraźnie przecież wskazał, że nie ma rozbieżności w orzecznictwie sądowym, a judykatu nr 3 nie można traktować jako uniwersalnego rozwiązania. Jest to o tyle interesujące, że w analogicznym okresie SN wydał wyroki, w których tezę orzeczenia nr 4 uznał za pogląd ugruntowany²².

²⁰ Glosy do wyroku SN z 21 I 2009 r., II KK 197/2008: W. Marcinkowski, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2009, nr 2, s. 134 oraz M. Gabriel-Węglowski, LEX/el. 2009.

²¹ Glosy: W. Radeccki, *op. cit.*, s. 860 oraz K. Krajewski, *op. cit.*

²² Wyrok SN z 20 I 2010 r., sygn. akt II KK 304/09, niepubl.: „W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalił się pogląd, zgodnie z którym a podstawie art. 62 ustawy z dnia 21 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii karalny jest każdy wypadek posiadania środka odurzającego lub substancji psychotropowej »wbrew przepisom ustawy«, a więc w celu dalszej sprzedaży lub udzielenia ich innej osobie, jak i w celu samodzielnego zażycia – czy to za jakiś czas czy niezwłocznie, jeżeli sprawca posiada środek odurzający lub substancję psychotropową w ilości pozwalającej na co najmniej jednorazowe użycie, w dawce dla nich charakterystycznej, zdolnej wywołać u człowieka inny niż medyczny skutek”. Wyrok SN z 20 I 2010 r., sygn. akt II KK 289/08, niepubl., w którym silnie

V.

Wobec powyżej zarysowanych, najbardziej aktualnych judykatów najwyższej instancji sądowej pytanie „jak posiadać, aby nie posiadać?” pozostaje nierozstrzygnięte, a co za tym idzie, kasus zatrzymanego narkomana nie daje się jednoznacznie ocenić. Wydaje się, że na gruncie powyższych orzeczeń jedynym stanem faktycznym, który teoretycznie nie powinien rodzić odpowiedzialności karnej, jest przypadek najwęższy, czyli obecność narkotyku w organizmie osoby, który *per se* nie jest czynem zabronionym. Natomiast nie do końca zostało przesądzone, czy z tej sytuacji wywieść należy, że osoba ta zażywając narkotyk lub kupując go z pewnością zrealizowała znamię posiadania²³, a niewykluczone że także udziału w obrocie (art. 56 u.p.n.). Zatem świadomość aksjologii stojącej za ustawą narkotykową, dla zatrzymanego narkomana ma znaczenie jedynie symboliczne, gdyż w praktyce i tak może rodzić jego odpowiedzialność²⁴.

zaznaczono, że problemem przy wykładni art. 62 u.p.n. nie jest kwestia samego faktu posiadania narkotyków w celu użycia, lecz ich ilość – „[...] dysponowanie śladową ilością środka odurzającego, nikłymi jego resztkami lub pozostałością po substancji psychotropowej na zabezpieczonych przedmiotach – związane z wcześniejszym jego użyciem – nie wyczerpuje znamion występkę stypizowanego w art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii”. W obu sprawach oskarżeni zostali w rezultacie uniewinnieni, lecz z powodu uznania, że posiadanie znikomych ilości narkotyku nie jest posiadaniem w rozumieniu art. 62 u.p.n.

²³ Przeciwko takiemu pogładowi SN opowiada się jedynie w dwóch orzeczeniach – nr 3 (pośrednio) i nr 5 (wprost).

²⁴ Te właśnie argumenty stanowiły *ratio* orzeczenia nr 1: „Typizacja takiego zachowania (posiadania) jako czynu zabronionego ma przeciwdziałać dokonaniu czynu o niewspółmiernie wyższym stopniu zagrożenia (w tym czynów godzących w zdrowie i życie innego człowieka), nie tylko przez efekt prewencyjny, ale także poprzez konfiskatę i przepadek ujawnionego środka narkotycznego. Dokonanie czynu następczego (udzielenie, wprowadzenie do obrotu) rodzi odpowiedzialność za ten czyn, zaś włączenie do niej odpowiedzialności za posiadanie (jako odrębnej) prowadziłoby do nie mającego kryminologicznego uzasadnienia mnożenia bytów przestępnych. W wypadku natomiast „spożycia” środka narkotycznego w całości, prowadziłaby nieuchronnie do karania, w istocie rzeczy, zachowania polegającego na użyciu środka narkotycznego, choć formalnie kara byłaby wymierzana za uprzednie jego posiadanie. Tym samym każda osoba, u której stwierdzono by (w granicach przedawnienia ścigania przestępstwa polegającego na posiadaniu środka narkotycznego), uzależnienie od środków odurzających lub substancji psychotropowych, powinna być pociągnięta do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 62 obecnie obowiązującej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Podobnie jak do odpowiedzialności karnej, w tych samych granicach czasowych, pociągnięta mogłaby być (powinna być) każda osoba, co do której uzyskano by wiarygodną wiadomość, że użyła (zażyła) środek odurzający lub substancję psychotropową w celu odurzenia się

Niezbędne jest zatem poprawne zdekodowanie treści normy sankcjonowanej typu czynu zabronionego z art. 62 u.p.n., by móc ustalić, który rezultat wykładni znamion jest poprawny z punktu widzenia teorii prawa karnego materialnego. Na początku poczynić należy założenie, oczywiście w swej treści, lecz często wypadające z optyki rozważań nad typizacją czynów zabronionych. Norma sankcjonująca nawet jeśli w warstwie semantycznej wskazuje na potencjalnie szerokie znaczenie określonego znamienia, musi być bezwzględnie skorelowana ze stojącą u jej podstaw normą sankcjonowaną²⁵. W przypadku ustawy narkotykowej, w której brak przepisu wprost wskazującego na fakt, iż nie statuuje ona używania narkotyków jako zachowania bezprawnego, treść normy sankcjonowanej typu z art. 62 u.p.n. należy poddać zabiegowi materialnego uadekwatnienia. Polega ono na jej wykładni w optyce celu dla którego została ona ustanowiona i funkcji jakie jej respektowanie ma pełnić w społeczeństwie.

Wobec powyższych założeń, treść normy sankcjonowanej, która brzmi: „Nikomu, nigdy nie wolno wbrew przepisom ustawy posiadać środków odurzających lub substancji psychotropowych”, musi zostać ograniczona o zbiór okoliczności polegających na używaniu (zażywaniu) narkotyków²⁶. Wydaje się, że próba interpretacyjnego zawężenia znaczenia pojęcia używanie (zażywanie) do obecności w organizmie człowieka tychże substancji, tak jak zdaje się chce SN w orzeczeniu nr 4, nie daje się racjonalnie obronić z co najmniej trzech powodów:

(a w każdym razie w celu innym niż leczniczy lub w ramach legalnego eksperymentu). Skoro zaś przyjęta przez Sąd *meriti* wykładnia analizowanych przepisów prowadzi do wnioskowania *ad absurdum*, nie może być ona trafna. Samo chwilowe posiadanie środka odurzającego lub substancji psychotropowej w związku z jej użyciem, nie jest czynem karalnym przez ustawę o przeciwdziałaniu narkomanii. W wypadku zrealizowania przez sprawcę, który posiadał środek odurzający lub substancję psychotropową, innego czynu zabronionego przez tę ustawę (połączonego z wybyciem się środka narkotycznego), sprawca odpowiada za zrealizowany czyn następczy (chyba że zużył on ten środek narkotyczny na swoje potrzeby). W płaszczyźnie ocen prawnych mamy wówczas do czynienia z niewłaściwym zbiegiem przepisów typizujących każde z tych zachowań”.

²⁵ Najlepiej oddaje tę zależność stwierdzenie A. Zolla, iż jest ona swoistym *prius* przepisu karnego. Zob. A. Z o 11, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim i niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990; A. Z o 11, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, t. XXIII, s. 72.

²⁶ Z ustawy wywieść da się bowiem założenie, iż „Wolno zażywać środki odurzające i substancje psychotropowe”, co oznacza w tym zakresie wolność od ingerencji państwa i jego zakazów.

– literalna wykładnia pojęcia używanie (zażywanie), zakłada pewną aktywność osoby²⁷, a nie tylko pasywny stan po tej czynności,

– jeżeli świadomym celem ustawodawcy było wyłączenie spod penalizacji samego używania narkotyków, założenie to byłoby nic nie znaczącą deklaracją, w praktyce nie chroniącą przed karą kryminalną, ze względu na możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za bezprawne zachowanie uprzedniego posiadania,

– jeśli ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie do ustawy normy wyraźnie zabraniającej jakiegokolwiek kontaktu z narkotykami, należy inne przepisy – szczególnie karne – wyklądać tak, by to zaniechanie miało znaczenie aksjologiczne. Argument ten wzmacnia także samo brzmienie art. 62 u.p.n., który statuuje, iż tylko takie posiadanie jest bezprawne i karalne, jeśli następuje „wbrew przepisom ustawy”, a w ustawodawstwie brak jednostki redakcyjnej, z której norma „Nie wolno używać narkotyków” wynikałaby, choćby pośrednio²⁸.

Wobec powyższych zastrzeżeń, uzasadnione jest twierdzenie, że jakaś forma aktywności związanej z wprowadzaniem narkotyku do organizmu pozostaje poza sferą zakazu, więc i penalizacji. W tym miejscu rozważyć należy więc, jakie desygnaty tej aktywności dałoby się wyszczególnić. A precyzyjniej – jaka jest treść normatywna pojęcia „używać lub zażywać”. Ma to istotne znaczenie w kontekście bardzo szerokiego ujęcia w prawie karnym znamienia „posiadania” jakie prezentowane jest zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądowym w tym zakresie²⁹. Uadekwatnianie materialne normy prawnej w tym przypadku będzie polegać także na poszukiwaniu takiego znaczenia pojęcia posiadanie, jakie jest możliwe do zaakceptowania ze względu na aksjologię ustawy narkotykowej. Wydaje się więc, że konieczne będzie poszukiwanie takiej definicji posiadania wyrażonego w art. 62 u.p.n., która uwzględniałaby te formy władztwa faktycznego nad porcją narkotyku, jakie nie prowadzą do naruszenia normy sankcjonowanej.

²⁷ *Słownik języka polskiego PWN* słowo „zażywać” definiuje jako: „1. «wprowadzić do organizmu lek, narkotyk, truciznę itp.» 2. «skorzystać z czegoś przyjemnego»”. Z kolei słowo „używać” jako: „1. «zastosować coś jako środek, narzędzie» 2. «skorzystać z czyichś usług, z czyjejś pomocy» 3. «wziąć coś jako lekarstwo, używkę, napój; też: zastosować coś jako przyprawę, kosmetyk itp.» 4. «zrobić z czegoś użytek» 5. «doświadczyć czegoś przyjemnego»” – www.sjp.pwn.pl pod wskazanymi hasłami.

²⁸ Zdecydowanie takim przepisem nie może być sam art. 62 u.p.n., gdyż byłaby to wykładnia *idem per idem*, prowadząca do zapętlenia argumentacyjnego (błędne koło). Pozbawione logicznego waloru byłoby stwierdzenie interpretatora, iż posiadanie narkotyku *wbrew* ustawie ma miejsce wtedy, gdy następuje... jego posiadanie *wbrew* ustawie.

²⁹ Zob. przypis 8.

VI.

Za punkt wyjścia powinna służyć chyba definicja projektująca, którą da się moim zdaniem wyinterpretować z orzeczenia SN nr 3 i 5, i która prezentowana była wyżej. Jednak, w jaki sposób uchronić się przed zaprezentowanymi przy jej omawianiu zarzutami?

Rozważania w tej materii pragnąłbym rozpocząć w miejscu, w którym swoją głosę do orzeczenia nr 3 skończył Krzysztof Krajewski, tj. praktycznych konsekwencji przyjęcia tego rodzaju definicji³⁰. Autor swoje wątpliwości obrazuje znakomitymi przykładami, którym merytorycznie przypisać można tożsame oceny społeczne. Jeśli poza obszar bezprawności i karalności wejść miałaby sytuacja faktycznego dysponowania narkotykiem w celu natychmiastowego zażycia (technicznie koniecznego ze względu na najoptymalniejszą metodę wprowadzenia do organizmu), czemu identycznej ewaluacji nie miałoby podlegać zachowanie polegające na nabyciu narkotyku i przeniesieniu go w miejsce, w którym konsumpcja mogłaby się odbyć? Jeśli osoba nabywa, lub znajduje narkotyk w jednej części miasta i udaje się do swego miejsca zamieszkania odległego o np. 25 przystanków, by go skonsumować, to czy ujęcie jej wtedy (w drodze) powinno pociągać inne konsekwencje niż złapanie jej podczas samego aktu zażywania? Argumentacja, iż posiadanie jest typem abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo dobra w postaci zdrowia publicznego³¹ jest o tyle sensowny, o ile empirycznie da się wykazać istnienie potwierdzonej statystycznej prawidłowości, że osoba taka odsprzeda lub udzieli go komuś innemu. Zapewne tutaj kryterium niezwłocznego użycia nabiera większego sensu – jeśli policjant będzie świadkiem „wciągnięcia” porcji kokainy, to pewne jest, że ta kokaina nie wejdzie już do obrotu, a więc brak nawet abstrakcyjnego zagrożenia dla jakiegokolwiek dobra (innego niż zdrowie zażywającego). Pamiętać jednak należy, że wykładnia przepisów prawa materialnego powinna być niezależna od poglądów praktyki na techniczne możliwości dowodowe w określonej kategorii spraw. W akademickim przykładzie, w którym osoba nie ma zamiaru udzielić narkotyku nikomu innemu, nie ma najmniejszego znaczenia czas przez jaki będzie nim faktycznie władać.

³⁰ Por. tezy w glosie K. K r a j e w s k i e g o, *op. cit.* – autor jednak nie konstruuje samodzielnej definicji, jednak w sposób, jak się wydaje tożsamy, odczytuje *ratio* orzeczenia.

³¹ Na taki przedmiot ochrony wskazuje postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z 28 IX 2006 r., I KZP 19/2006, LexPolonica nr 417934, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 5, poz. 8 (dodatek).

Konsekwencją przedstawionych wyżej argumentów jest więc wniosek, iż wykładnia znamion typu czynu zabronionego z art. 62 u.p.n. musi w rezultacie prowadzić do takiego zakresu normowania normy sankcjonowanej będącej podstawą tego przepisu, w którym nie zawiera się posiadanie narkotyków na własny użytek. Nie musi to być także faktyczne władztwo nad środkiem odurzającym li tylko w chwili zażywania, lecz w nieoznaczonym horyzoncie czasowym, byle nie stanowiło realizacji znamion typów czynów zabronionych obejmujących m.in. udzielenie lub dystrybucję.

Wydaje się, że tylko taka wykładnia chroni założenia ustawy narkotykowej przed fasadowością. W pełni zgodzić się należy z K. Krajewskim w jego wnioskach, że konstrukcja obecnych przepisów zaprzecza zasadom stojącym u podstaw tej ustawy. Jeśli państwo świadomie nie decyduje się na totalną penalizację wszelkiej formy obecności narkotyków w społeczeństwie, tym bardziej nie jest to rola sądów.

Jednak w tym kontekście przeciwnicy powyższego wniosku mogliby jako koronny argument przedstawić racje historyczne i systemowe. Bowiem nowelizacja powodująca skreślenie art. 48 ust. 4 poprzednio obowiązującej ustawy³² oraz późniejsza ustawa z obecnym art. 62 u.p.n. była świadomym krokiem ustawodawcy w celu ułatwienia walki z dilerami. Jednak pozostawiając niezmienione założenie, iż nie jest zabronione używanie (zażywanie) narkotyków, każda forma językowa nowego zakazu podlegała wykładni, a zwłaszcza procesowi uadekwatniania treści normy sankcjonowanej. Sytuację tę można by przyrównać do hipotetycznej sytuacji usunięcia art. 171 § 5 pkt 1 k.p.k.³³ Niezależnie od semantycznego ujęcia przepisu art. 171 k.p.k., możliwość nieludzkiego i poniżającego traktowania, stosowania gróźb czy przymusu fizycznego zawsze będzie wykluczona jako rezultat wykładni zakresu normowania danej normy wskazującej na sposób prowadzenia dowodu z przesłuchania świadka³⁴.

Jednakże uważam, że w drodze wykładni przepisu art. 62 u.p.n. można uzyskać racjonalny rezultat, nie jest to wystarczające zabezpieczenie przed potencjalnymi różnicami w podejściu do niej sądów powszechnych czy też dalszej ewolucji poglądów SN w tej materii. Warto więc się zastanowić,

³² Ustawa z dn. 26 X 2000 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz.U. Nr 103, poz. 1097.

³³ Art. 171 § 5 k.p.k.: „Niedopuszczalne jest: 1) wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwaną za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej [...]”.

³⁴ Pomimo faktu, iż pojęcie przesłuchiwania można interpretować bardzo szeroko, jako każdą formę wydobycia informacji od świadka.

czy jeżeli nie jest możliwe skonstruowanie takiego typu czynu zabronionego, którego wykładnia nie prowadziłyby do rezultatów, o których mowa była wcześniej, należałoby się zastanowić w jakiej formie doprowadzić do formalnego określenia poprawnego zakresu penalizacji. Obecnie wydaje się, że najlepiej rolę tę mogłyby pełnić:

- klauzula niekaralności,
- kontratyp,
- przepis wyraźnie statuujące zakres dozwolonego posiadania,
- oportunizm ścigania³⁵.

Chcąc być jednak konsekwentnym w prezentowanych tezach, należy zaznaczyć, że jedynie przepisy wyraźnie statuujące zakres dozwolonego posiadania były adekwatnym rozwiązaniem. Powodem tego jest płaszczyzna, na której dochodzi do wyeliminowania odpowiedzialności karnej. Argumenty podnoszone w niniejszym opracowaniu dotyczą bezpośrednio sfery relacji nakazu i zakazu, a więc kształtu normy sankcjonowanej – jej zakresu zastosowania i normowania.

Gdyby problem odpowiedzialności karnej za posiadanie narkotyków na własny użytek rozwiązać za pomocą kontratypu, konieczna byłaby zmiana płaszczyzny normatywnej, na której następowałoby eliminacja podstaw odpowiedzialności karnej. Pamiętać należy, że w polskiej doktrynie prawa karnego uznaje się, praktycznie powszechnie, że kontratypy wyłączają bezprawność czynu, tj. wtórnie go legalizują. Oznacza to, iż znamiona typu zostały zrealizowane, a więc naruszona została norma sankcjonowana, lecz na skutek działania w ramach kontratypu zaktualizowała się inna norma usprawiedliwiająca podjęte zachowanie³⁶. Biorąc pod uwagę przedstawiony wcześniej proces materialnego uadekwatnienia normy prawnej, konstrukcja kontratypu wydaje się dogmatycznie nieuzasadniona, gdyż zakładałaby jednak istnienie zakazu zażywania narkotyków, czego, jak starałem się wykazać, nie sposób wyinterpretować z ustawy narkotykowej.

Podobny zarzut poczynić można w przypadku wprowadzenia klauzuli niekaralności, gdyż zakładałaby ona uprzednią bezprawność działania.

³⁵ Te rozwiązania w kontekście regulacji prawno międzynarodowych szczegółowo omawia K. K r a j e w s k i, *Problematyka...*, *op. cit.*

³⁶ Tak A. Z o l l, w: A. Z o l l, K. B u c h a ł a, *Polskie prawo karne*, wyd. 2, Warszawa 1997, s. 199; A. Z o l l, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Kraków 1982, s. 101 i n.; M. C i e ś l a k, *Polskie prawo karne: zarys systemowego ujęcia*, wyd. 2, Warszawa 1994, s. 131 i n.; L. G a r d o c k i, *Prawo karne*, wyd. 13, Warszawa 2007, s. 110–124; J. G i e z e k, w: M. B o j a r s k i, Z. S i e n k i e w i c z, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 131–163.

Natomiast kwestia oportunistu ścigania wymagałaby zrezygnowania z zasady legalizmu wyrażonej w art. 10 k.p.k. Dokonanie tego na potrzeby tylko jednego przepisu ustawy wydaje się niezbyt fortunnym rozwiązaniem prowadzącym do instrumentalnego traktowania spójnej konstrukcji prawa procesowego³⁷. Ponadto odstąpienie od ścigania oznaczałoby, że w pierwszej kolejności mamy do czynienia z zachowaniem bezprawnym i karalnym.

Zatem jedynie wprowadzenie wyraźnego przepisu potwierdzającego aksjologiczne podstawy ustawy narkotykowej³⁸ pozwoliłoby na uniknięcie nieporozumień interpretacyjnych, przynajmniej jeśli chodzi o samą zasadę.

VII.

Formalna regulacja tego zagadnienia ma jeszcze jedno, zasadnicze znaczenie. Wykładnia znamion w ich obecnym kształcie, jak zostało wcześniej zaznaczone, nie prowadzi wprost do limitacji ilości narkotyków, jakie można posiadać na własny użytek³⁹. Jednak w drodze wykładni przepisów ustawy narkotykowej dojść można do wniosku, iż w jej założeniach nie można doszukać się zezwolenia na akumulowanie nieograniczonych ilości narkotyku. Z faktu braku zakazu zażywania, a także, jak uważam, posiadania narkotyków na własny użytek, trudno wyciągnąć wniosek, iż osoba chcąc używać tych substancji nie podlega w tym zakresie żadnym ograniczeniom. Stwierdzenie takie byłoby zbyt daleko idące i niweczyłoby właściwie sens reglamentacji narkotyków. Uchwalając ustawę narkotykową ustawodawca musiał dokonać pewnego ważenia dóbr. Z jednej strony jego celem było zminimalizowanie obecności narkotyków w życiu społecznym, z drugiej nie chciał dopuścić do zepchnięcia osób zażywających narkotyki do „podzie-

³⁷ Zapewne od razu pojawiłyby się uzasadnione głosy, domagające się wprowadzenia oportunistu jako generalnej zasady w Kodeksie postępowania karnego.

³⁸ W przykładowym brzmieniu: „Dozwolone jest posiadanie...”.

³⁹ Brak tego rozstrzygnięcia niesie dwojakie i przeciwstawne konsekwencje – z jednej strony można byłoby próbować skonstruować pogląd, że można gromadzić nieograniczone zapasy narkotyku na własny użytek. Z drugiej strony istnieje niebezpieczeństwo kwalifikowania kazuśów wielokrotnego posiadania i konsumpcji pojedynczych dawek narkotyku przez dłuższy czas, jako czynu ciągłego. Ta druga sytuacja prowadzić może do uznania, iż osoba w krótkich odstępach czasu, w realizacji z góry powziętego zamiaru (zażywania narkotyków np. przez 6 miesięcy) posiadała np. 150 g marihuany. Sytuacja zwykłej, dozwolonej, wielokrotnej konsumpcji narkotyku przerodzić się może w poważny zarzut posiadania znacznych ilości narkotyku, co w kontekście prezentowanych w niniejszym artykule tez, jest rezultatem wyjątkowo niepożądanym i niebezpiecznym.

nia”⁴⁰. Biorąc to pod uwagę, wydaje się racjonalną interpretacją posiadania narkotyku jako władztwa nad porcją wystarczającą do jednorazowego uzyskania efektu odurzenia. Byłby to zapewne kompromis pomiędzy wieloma interesami czy też dobrami ścierającymi się na gruncie ustawodawstwa narkotykowego⁴¹. By uniknąć jednak licznych wątpliwości interpretacyjnych w tym zakresie, wskazana jest interwencja ustawodawcy w celu określenia limitu narkotyku jaki można posiadać. Z pewnością porządkowałoby to tę niezwykle delikatną sferę oraz wzmacniało gwarancyjną funkcję przepisów karnych zawartych w ustawie narkotykowej.

⁴⁰ Jeśli w kazusie zatrzymanego narkomana można byłoby wymierzyć karę za posiadanie, mało prawdopodobne, by osoby takie ujawniały swój nałóg, czy też próbowały poddać się leczeniu.

⁴¹ SN w tym zakresie prowadzi spójną linię orzecniczą, popartą racjonalnymi argumentami – por. m.in. wyrok SN z 20 I 2010 r., sygn. akt II KK 289/08, niepubl., oraz orzeczenie nr 4.